

Sygn. akt: **KIO 2270/11**

KIO 2275/11

KIO 2298/11

WYROK
z dnia 4 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2011 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 21 października 2011 roku przez Polkomtel Spółkę Akcyjną w Warszawie

B. w dniu 21 października 2011 roku przez PTK Centertel Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

C. w dniu 24 października 2011 roku przez Polską Telefonię Cyfrową Spółkę Akcyjną w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Centrum Usług Wspólnych w Warszawie**

przy udziale:

- A) wykonawcy **PTK Centertel Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2270/11 i KIO 2298/11 po stronie odwołującego się
- B) wykonawcy **Polska Telefonia Cyfrowa Spółka Akcyjna w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2270/11 i KIO 2275/11 po stronie odwołującego się

orzeka:

1. uwzględni wszystkie trzy odwołania i nakazuje zamawiającemu – Centrum Usług Wspólnych w Warszawie dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym istotnych postanowień umowy, polegającej na wykreśleniu postanowienia zobowiązującego wykonawców do zmiany cen za usługi w przypadku obniżenia opłaty interkonektowej oraz postanowień dotyczących zmiany opłat za minutę połączenia w roamingu międzynarodowym
2. Kosztami postępowania obciąża Centrum Usług Wspólnych w Warszawie i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Polkomtel Spółkę Akcyjną w Warszawie** (15 000 zł 00 gr), **PTK Centertel Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (15 000 zł 00 gr), **Polską Telefonię Cyfrową Spółkę Akcyjną w Warszawie** (15 000 zł 00 gr) tytułem wpisów od odwołań
 - 2) zasądza od **Centrum Usług Wspólnych** kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) w tym:
 - A. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Polkomtel Spółki Akcyjnej w Warszawie** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
 - B. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **PTK Centertel Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
 - C. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Polskiej Telefonii Cyfrowej Spółki Akcyjnej w Warszawie** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

Sygn. akt: KIO 2270/11

KIO 2275/11

KIO 2298/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Usług Wspólnych w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług telefonii ruchomej wraz z dostawą telefonów komórkowych i modemów z aktywnymi kartami SIM.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 21 października 2011 roku Polkomtel Spółka Akcyjna w Warszawie i PTK Centertel Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i w dniu 24 października 2011 roku Polska Telefonia Cyfrowa Spółka Akcyjna w Warszawie wnieśli odwołania wobec czynności zamawiającego podjętych w związku z uwzględnieniem odwołań wniesionych przez tych samych odwołujących się w dniu 30 września 2011 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołujący się we wniesionych w dniu 30 września 2011 roku odwołaniach zakwestionowali między innymi dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia zawarty w pkt 11 tabeli zawartej w pkt 9.1 w załączniku nr 2 do SIWZ (Opisu Przedmiotu Zamówienia) oraz w § 10 ust. 3 pkt 3.2 istotnych postanowień umowy, w którym zamawiający wymagał zmiany ceny za połączenia w zależności od zmian stawek międzyoperatorskich.

Dodatkowo odwołujący się Polkomtel SA zakwestionował pkt 12 tabeli zawartej w pkt 9.1 w załączniku nr 2 do SIWZ (Opisu Przedmiotu Zamówienia) oraz w § 10 ust. 3 pkt 3.3 istotnych postanowień umowy, w którym zamawiający wymaga zmiany cen połączeń w roamingu międzynarodowym w zależności od zmiany stawek za połączenia w roamingu międzynarodowym.

Odwołujący się zażądali wykreślenia, względnie zmiany zakwestionowanych postanowień specyfikacji we wskazany sposób.

Pismem z dnia 14 października 2011 roku zamawiający uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniach i postanowił dokonać zmian w treści SIWZ, w tym także w istotnych postanowieniach umowy, zgodnie z obowiązującymi przepisami.

W istocie zamawiający zmodyfikował SIWZ wprowadzając w miejsce zakwestionowanych zapisów nowe zasady obniżenia opłat za połączenia (określone w pkt 1-7 str. 3-5 odpowiedzi na odwołanie), jednak uczynił to w sposób sprzeczny z żądaniami zawartymi w odwołaniach wniesionych w dniu 30 września 2011 roku. W ocenie odwołujących się sposób dokonania modyfikacji SIWZ przez odwołującego się nie odpowiada prawu, a ponadto odwołujący się uchybił przepisowi art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający uwzględniając odwołanie, winien był wykonać zakwestionowaną czynność zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniach.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołania są zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wszyscy trzej odwołujący się mają interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający ich do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowaniu na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że zamawiający uwzględniając odwołania winien był wykonać czynność zgodnie z żądaniami w nich zawartymi. Izba nie zgadza się z zamawiającym, iż uczynienie zadość żądaniom zawartym we wszystkich trzech odwołaniach byłoby niemożliwe z uwagi na sprzeczność zgłoszonych żądań. Zamawiający uwzględniając odwołania winien był wykreślić zakwestionowane postanowienia specyfikacji, gdyż takie żądanie powtarzało się we wszystkich wniesionych odwołaniach.

Izba nie może podzielić argumentacji zamawiającego, iż uwzględnienie przez niego zarzutów podniesionych w odwołaniu wcale nie musi skutkować wykonaniu żądań w nich zawartych. Zamawiający uzasadniał swoje stanowisko tym, iż Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie nie jest związana żądaniami zawartymi w ich treści, lecz jedynie podniesionymi zarzutami. Izba zwraca uwagę, że uwzględnienie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu podlega reżimowi zupełnie innych przepisów ustawy Pzp. Uwzględniając

odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza – w myśl art. 192 ust. 3 pkt 1 – może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W żadnym przepisie ustawy Pzp ustawodawca nie przewidział konieczności nakazania przez Izbę wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności zamawiającego zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Uregulowana w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp sytuacja, w której zamawiający uwzględnia zarzuty odwołania skutkuje obowiązkiem dostosowania się przez zamawiającego do żądań zawartych w odwołaniu. Oznacza to, że zamawiający podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu winien rozważyć także zasadność zgłoszonych żądań. Zdaniem Izby odstępianie od obowiązku zrealizowania żądań zawartych w odwołaniu jest możliwe jedynie wówczas, gdy zgłoszone żądanie jest niemożliwe do realizacji, bądź też jest niezgodne z prawem. Z żadną taką sytuacją nie mamy do czynienia w rozpoznawanym przypadku. O ile zamawiający nie miał zamiaru wykonać czynności zawartych w odwołaniach nie powinien uwzględniać zarzutów odwołań, lecz wdać się w spór z wykonawcami, żądań których nie miał zamiaru uwzględniać.

W rozpoznawanych odwołaniach mieliśmy do czynienia z taką sytuacją, gdzie zamawiający nie wykonał żadnego z żądań zawartych w trzech wniesionych odwołaniach, lecz dokonał jeszcze innej czynności polegającej na modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób niezaproponowany przez żadnego z odwołujących się i niesatysfakcjonujący żadnego z wykonawców. Takie działanie zamawiającego jest w ocenie Izby niedopuszczalne i wykraczające poza dyspozycję przepisu art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....